

Recargo de las prestaciones de la seguridad social: un supuesto específico de *punitive damages**

BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI

Profesora Contratada del Programa Juan de la Cierva
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es comprobar el verdadero alcance de la invocación del recargo de prestaciones de la seguridad social, impuesto al empresario en el art. 123 TRLGSS, como un argumento favorable al reconocimiento de punitive damages en el Ordenamiento español.

Tomando como hipótesis de partida que el recargo constituye un supuesto concreto de punitive damages, tratamos de comprobar si el «tipo específico» (el recargo) participa de todas las características de su «género» (los punitive damages) y si cumple las mismas funciones.

El presente estudio pone de manifiesto las diferencias significativas entre las figuras que son objeto del análisis y constata los problemas de encaje del recargo en nuestro Ordenamiento jurídico.

ABSTRACT

The aim of this article is to review the opinion that defends the identification between punitive damages and the Spanish recargo de prestaciones de la seguridad social, which the employer must pay according to the rules in s. 123 TRLGSS. This opinion could let to us to accept that Spanish Law allows punitive damages.

After verifying that the recargo is a specific type of punitive damages, the article considers, in a comparative perspective, their characteristics and functions.

The main conclusion, that we have reached, is that differences between them seems to be remarkable. This article confirms, also, that is difficult to harmonize the recargo with Spanish Law.

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Los daños morales en la Unión Europea: armonización sustantiva, ley aplicable y competencia jurídica internacional» subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia, Dirección General de Investigación (SEJ2004-02358/JURI) y cuya investigadora principal es la Dra. doña María Paz García Rubio.

Deseo dejar constancia de mi agradecimiento a los Profesores Morales y Pantaleón por sus valiosas sugerencias.

Introducción. I. *Supuesto de hecho de aplicación: el recargo como un supuesto específico de punitive damages*. A. Generalidad de los *punitive damages* vs. especificidad del recargo; B. Tipificación.—II. *Características*: A. Sancionadoras: 1. La prohibición de aseguramiento; 2. La determinación de la cuantía: la mayor concreción del recargo y los problemas de constitucionalidad de los *punitive damages*; 3. El procedimiento de imposición del recargo: la intervención de la Administración. B. Indemnizatorias: 1. La víctima como destinatario: regla con alguna excepción; 2. La necesidad de un daño: el adicional incumplimiento de normas en el recargo; 3. El procedimiento de imposición de los *punitive damages*: la intervención del jurado.—III. *Funciones*. A. Disuasión y sanción; B. relación con el resto de responsabilidades; 1. *Recargo: ¿Sobreindemnización?*; 2. *Principio non bis in ídem*.—IV. *Conclusiones*.—V. *Bibliografía*.

INTRODUCCIÓN

Una parte de la doctrina española¹ defiende la asignación de una función preventiva² a la responsabilidad civil³, similar a la cumplida por los *punitive damages*.

¹ Encabezada por SALVADOR CODERCH, P, en *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, 1997 (coautora: CASTIÑEIRA PALOU, M.^a T.); «Tres dualidades básicas: indemnizaciones y sanciones; common law y civil law; punitive damages y multiple damages», *AFDUAM*, 2000; «Punitive damages and continental Law», *ZEUP*, 3/2001, pp. 604 a 616; «Punitive damages», *InDret* 10/99. Junto a él se sitúa REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de responsabilidad civil*, 2002. Autores de otras disciplinas jurídicas se hacen eco de esta corriente doctrinal a la hora de valorar la función de la responsabilidad civil. *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M., «Reconocimiento en España de sentencias extranjeras condenando al pago de *punitive damages*», *Iniuria*, núm. 6, 1995 y RODRÍGUEZ PINEAU, E., «*Punitive damages* y orden público ¿comunitario?», en *Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, T. II, p. 1757.

² Nunca se defiende expresamente la función de castigar, sino que se opta por la de disuadir o de prevenir. F. PANTALEÓN [«Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las administraciones públicas)», *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor López Cabana*, 2001, p. 193] critica esta matización, tal y como se aprecia en las siguientes palabras: «Recientemente hemos asistido al intento, desde el ámbito de los autoproclamados *lawyers economists* patrios, de separar el binomio castigo-prevenición, al objeto de sostener la función preventiva de las normas de la responsabilidad extracontractual a la vez que se niega su función punitiva y se repudia la importación de los *punitive damages*. Pero a más de manifestar la obviedad de que hace ya muchas décadas que la inmensa mayoría de los penalistas de nota no separa la idea de castigo y prevención, general y especial [...]».

³ Esta propuesta suele presentarse como una solución a las deficiencias del sistema. SALVADOR CODERCH, P. («Tres dualidades básicas», *AFDUAM*, 2000, pp. 139-152) considera que aunque el objetivo del Derecho de daños consiste en reparar íntegramente el daño, no debe olvidarse que en la práctica no alcanza a cumplirlo con efectividad, pues se concede indemnizaciones situadas muy por debajo de los costes sociales de los daños causados.

Para REGLERO CAMPOS, F. (*op. cit.*, 2002, p. 62), la función preventiva del derecho de daños supliría las deficiencias de los sistemas preventivos penal y administrativo; considerará el mencionado autor que sólo cuando se cumplen las siguientes premisas disuaden de la realización de conductas potencialmente dañosas que alcanzan un determinado grado de intolerabilidad: en primer lugar, cuando se trata de medidas suficientemente contundentes;

Como es sabido, es ésta una categoría general dentro del Derecho de daños anglosajón⁴, en virtud de la cual la víctima recibe del agente una suma de dinero que supera con creces el valor del daño realmente causado. Esta falta de coincidencia entre la valoración del daño y la cuantía que recibe la víctima se justifica en el merecido castigo a su autor y en la prevención y disuasión de conductas similares en el futuro⁵.

No existe en el Derecho anglosajón una construcción uniforme de los *punitive damages*: cuestiones de tal importancia como la delimitación de los casos en los que se imponen⁶ o el modo de calcular su cuantía⁷ no están resueltas del mismo modo dentro del *Common Law*. A partir del conocido caso *Rookes v. Barnard*⁸ el Derecho inglés ha limitado considerablemente los supuestos de aplicación⁹ y es en los Estados Unidos de América donde cabe encontrar mayor proliferación de casos. Pero ni siquiera dentro de los USA existen reglas uniformes¹⁰.

Resulta cuanto menos complicado valorar adecuadamente si el Ordenamiento jurídico español conoce una figura equivalente a los *punitive damages*, no sólo por la falta de uniformidad de su régimen jurídico que acabamos de señalar, sino también porque siendo éstos una categoría general del Derecho de daños, de carácter gene-

y, en segundo lugar, cuando funcionan eficientemente. A juicio del autor, ni siquiera el cumplimiento de las condiciones señaladas basta, ya que el agente confía en que su patrimonio va a quedar intacto o casi intacto.

⁴ Aunque el origen más remoto de esta figura se ha llegado a situar en el Derecho Romano clásico [DORSEY, D. E., «Fairness and efficiency in the Law of punitive damages», 56 *S. Calif. L. Rev.* 1, 12, núm. 44 (1982). REDISH, M. y MATHEWS, A., «Why punitive damages are unconstitutional?», 53 *EMORY L. J.* 1, p. 2. OWEN, D., «A punitive damages overview: functions, problems and reform», 39 *Vill. L. Rev.* 363, 368 (1994), quien apunta que las bases de las XII tablas eran sancionadoras («the very basis [...] was punitive in nature») y que en el Derecho romano clásico se preveía en numerosas ocasiones indemnizaciones múltiples e incluso en el código de Hammurabi, basándose en Driver & Miles: *The Babylonian Laws* 500-01 (1952). Menciona también el citado autor entre sus orígenes las Hittite Laws, el Hebrew Covenant Code of Mosaic Law y el Hindu Code of Manu; su origen moderno se sitúa en el Derecho inglés y, en concreto, en una provisión del Parlamento de 1275 que condenaba al pago de *multiple damages*, indemnización que alcanzaba el doble o el triple de las indemnizaciones compensatorias (POLLOCK, F. y MAITLAND, F., *The History of the English Law*, 1822, p. 522).

⁵ Sobre la función de los *punitive damages* *vid.* más adelante (III).

⁶ Sobre esto *vid.* Apartado I.

⁷ *Vid.* Apartado II.A.2

⁸ A partir de los años 80 del pasado siglo, se ha mostrado muy proclive a su concesión (EISENBERG, T., «Damage awards in perspective: behind the headline-grabbing awards in Exxon Valdez and Engle», 36 *Wake Forest L. Rev.* 1129 (2001). WHEELER, M., «A proposal for further common law development of the use of punitive damages in modern product liability litigation» 40 *Ala. L. Rev.* 919 (1989). Por ello, el estudio que se presenta ha tenido en cuenta la construcción de los *punitive damages* en Estados Unidos.

⁹ *Vid.* sin embargo, la recomendación de ampliar su campo de actuación de «The Law Commission. Item 2 of the Sixth Programme of Law Reforms: damages aggravated, exemplary and restitutionary damages», 1997.

¹⁰ *Vid.* Apartado I.

ral debería ser también la eventual institución equivalente, y es de sobra sabido que, en virtud del artículo 1902 CC, la función normativa del Derecho de Daños en España consiste en reparar el daño causado¹¹. Ante dicha realidad, los defensores de la función preventiva de la responsabilidad civil buscan la justificación de su postura localizando en sectores específicos de nuestro Ordenamiento casos concretos en los que se reconozca una suerte de *punitive damages*.

Uno de los ejemplos más recurrentes en este sentido¹² lo constituye el recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, regulado en el artículo 123 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (a partir de ahora TRLGSS)¹³ en los siguiente términos:

«1. Todas las **prestaciones económicas** que tengan su **causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán**, según la **gravedad de la falta**, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las **medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo**, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La **responsabilidad** del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el **empresario infractor** y **no** podrá ser objeto de **seguro** alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La **responsabilidad** que regula este artículo es **independiente y compatible** con las de **todo orden**, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción» [La negrita es nuestra].

¹¹ Por ello, afirma F. PANTALEÓN («Comentario del artículo 1902 CC», en *Comentario del CC. Ministerio de Justicia*, T. II, 1993, p. 1971), que la función normativa de la responsabilidad civil es reparar el daño causado. Véase también la utilización de estos argumentos para resaltar las diferencias funcionales y estructurales entre la responsabilidad civil y la criminal en «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual, *op. cit.*, 2001, pp. 189 y 190.

¹² Ponen de manifiesto la finalidad punitiva del precepto GARCÍA RUBIO, M. P.; LETE, J.; GÓMEZ, F.; y REGUEIRO, C., «The impact of social security law on tort law in Spain», en *Torts and Insurance Law*, v. 3, MAGNUS, U., 2004, p. 167. También lo han calificado de sancionador ROCA, E. (*Derecho de daños. Textos y materiales*, 2003, p. 30. Anteriormente en «Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño», *ADC*, 2004, III, pp. 922 y 923), SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages and Continental Law», en *ZEUP*, 3/2001, p. 605.

¹³ RD Leg. 1/1994, de 20 de junio. Junto a este precepto básico, se sitúan otros de diversas normas laborales que han sido recogidos por PURCALLA BONILLA, M. A., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, 2000, pp. 26 a 33.

Nos encontramos ante un recargo que se establece sobre las prestaciones económicas a las que tenga derecho el trabajador o sus derechohabientes, en su caso; su pago corre por cuenta del empresario y el destinatario es el propio trabajador. La obligación de pago del recargo surge únicamente cuando el empresario ha omitido las medidas de seguridad e higiene en el trabajo y el trabajador ha sufrido un accidente o enfermedad profesional como consecuencia de dicha omisión. Las reglas específicas que interesa resaltar desde ahora son: *a)* que la valoración exacta del recargo se establece en función de la gravedad de la falta del empresario; *b)* que el recargo no es asegurable, y *c)* que la responsabilidad que da lugar a su pago se considera compatible e independiente del resto de responsabilidades que puedan surgir en el mismo supuesto de hecho.

Los *punitive damages* son una figura jurídica que se aplica cuando un agente ha causado un daño¹⁴, cuyo régimen jurídico tiene rasgos indemnizatorios y sancionadores¹⁵ y que entra en juego en supuestos en los que pueden generarse otro tipo de responsabilidades¹⁶.

Nótese, pues, que en una primera aproximación, recargo y *punitive damages* aparecen como dos figuras muy similares. Pero el estudio pormenorizado de cada una de ellas arroja matices que no pueden ser obviados.

Y el primer matiz fundamental, que condiciona todo el análisis, es que el recargo podría considerarse un supuesto concreto de *punitive damages*, pero no, desde luego, su equivalente en nuestro Ordenamiento. De manera que la labor que se impone a partir de ahí es comprobar si este «tipo específico» (el recargo) participa de todas las características de su «género» (los *punitive damages*) y si cumple las mismas funciones.

I. SUPUESTO DE HECHO DE APLICACIÓN: EL RECARGO COMO UN SUPUESTO ESPECÍFICO DE *PUNITIVE DAMAGES*

Tanto el recargo como los *punitive damages* entran en juego cuando se ha causado un daño que debe ser indemnizado.

Ahora bien, los *punitive damages pueden* (no *deben*)¹⁷ imponerse a quien ha causado el daño, siempre que se aprecien las cir-

¹⁴ Vid. apartado I.

¹⁵ Vid. apartado II.

¹⁶ Vid. apartado III.B.

¹⁷ DOBBS, D., *The Law of Torts*, 2000, p. 1062.

cunstancias que permitan la imposición de este tipo de indemnización¹⁸, que van más allá de la mera comisión de un *tort*¹⁹ y que exigen necesariamente la concurrencia de culpa del agente.

Por el contrario, el recargo de prestaciones se impone únicamente cuando el daño se ha causado en un ámbito muy concreto (el laboral) y siempre que se cumplan los presupuestos establecidos en la ley.

La posición en el sistema como una figura general o particular y la tipicidad o atipicidad de los casos, son, pues, los aspectos del supuesto de hecho de aplicación en los que procede detenerse.

A. GENERALIDAD DE LOS *PUNITIVE DAMAGES* VS. ESPECIFICIDAD DEL RECARGO

El ámbito objetivo de aplicación de los *punitive damages* no se limita a un supuesto concreto, ni específico. Se ha afirmado que «[...] it is not so much the particular tort committed as the defendant's motives and conduct in committing it which will be important as the basis of the award»²⁰. La delimitación de su supuesto de hecho de aplicación pasa por establecer en primer lugar qué tipo de conducta merece la condena al pago de *punitive damages*²¹ y, en segundo lugar y de manera cumulativa si sólo proceden en caso de dolo o si la mera negligencia también puede justificar su imposición²².

La respuesta a la primera cuestión está lejos de ser clara²³. Son varias las definiciones propuestas que buscan superar esta imprecisi-

¹⁸ Aunque sea frecuente la traducción al castellano como «daños punitivos», los *punitive damages* no constituyen un tipo de daños, sino una indemnización que cumple funciones que van más allá de la mera reparación de los daños. Por ello, parece más preciso hablar de «indemnizaciones punitivas» o «indemnizaciones ejemplares» término este último que no prejuzga sobre la función que cumplen los *punitive damages*, y que se inspira en la expresión últimamente utilizada por la doctrina norteamericana: «exemplary damages».

Tal y como observa SALVADOR CODERCH («Punitive damages and continental Law», *ZEUP*, 3/2001, p. 606) esta figura debe distinguirse de: los *multiple damages*, que cuentan con un supuesto de hecho definido y cuya cuantía se determina en función de la compensación, como un múltiplo de ella; y los *aggravated damages* que se otorgan en casos de daño moral (*mental distress*) causado por especiales circunstancias.

¹⁹ Afirman PROSSER y KEETON (PROSSER AND KEETON: *On the Law of Torts*, 1984, 5.^a ed., p. 9) que «Something more than the mere commission of a tort is always required for punitive damages».

²⁰ PROSSER y KEETON: *op. cit.*, 1984, p. 11.

²¹ Cuestión íntimamente conectada con la función que cumplen, por lo que será analizada más adelante. *Vid. infra* el epígrafe III.

²² DOBBS, D., *op. cit.* 2000, p. 1063. OWEN, D., «The moral foundations of punitive damages», 40 *Ala. L. Rev.* 739 (1988-1989). Aquél apunta que el *standard of liability*, junto con la determinación de la cuantía, se erigen actualmente como las cuestiones centrales de la teoría de los *punitive damages*.

²³ No encontramos definición de la conducta ni en el *Restatement Second of Torts* (section 908) ni en la *Model Punitive damages Act* que, aunque no constituye Derecho

sión, definiciones que podríamos englobar en dos grupos: por un lado, aquellas que ponen el acento en la alta reprochabilidad de la conducta. En este grupo se encuadraría la definición acuñada por Owen²⁴ en 1988-1989, y según la cual la concesión de *punitive damages* exige que el daño se haya causado como consecuencia de una conducta que constituya «an extreme departure from lawful conduct»²⁵; por otro lado, encontramos aquellas definiciones que individualizan el supuesto de hecho utilizando los instrumentos del análisis económico del Derecho²⁶.

Frente a la caracterización general del supuesto de hecho de aplicación de los *punitive damages*, debe destacarse el ámbito específico del recargo de prestaciones: se trata de una figura jurídica típicamente laboral en la que el daño se deriva de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, que otorga derecho al trabajador a beneficiarse de las prestaciones económicas, causado por la inobservancia por parte del empresario de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. El empresario deberá pagar al trabajador una suma calculada a modo de porcentaje, sobre las prestaciones a las que tiene derecho (de un 30 a un 50 por 100), recargo que será mayor cuanto más grave sea la falta cometida.

Dicho lo anterior, el establecimiento de un paralelismo entre el recargo, de carácter laboral, y los *punitive damages*, encuadrados plenamente en el Derecho de Daños, no debería obviar en nuestra opinión las siguientes consideraciones.

aplicable, podría ser un buen ejemplo de las tendencias del Derecho Norteamericano en esta materia. Las razones por las que no define el supuesto de hecho de aplicación de los *punitive damages* pueden ser dos: en primer lugar, la voluntad de respetar al máximo la independencia de cada uno de los Estados, algo que puede además observarse en muchos de los artículos; en segundo lugar, hay que tener en cuenta la propia naturaleza de la *Uniform Law Commissioners' Model Punitive damages Act* (Denominación que su S.15 propone como modo de cita), que fue elaborada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* en el año 1996 con el propósito de presentar a los Estados una propuesta o el desarrollo de un nuevo enfoque para la cuestión de los *punitive damages*. A diferencia de un *Uniform Act*, cuyo principal objetivo consiste en obtener una uniformidad inmediata en los Estados sobre un concreto problema jurídico, una *Model Act* es, en palabras de los propios comisarios «[...] an experimental effort to assist States in developing effective new approaches to a particular problem area of the Law», *Prefatory note*, p. 1.

²⁴ OWEN, D., «The moral foundations of punitive damages», 40 *Ala. L. Rev.* 705, 730 (1988-89) y que recoge DOBBS, D., *op. cit.* 2000, p. 1064.

²⁵ Definición que sigue DOBBS (*op. cit.* 2000). En este grupo se incluiría también la conclusión a la que conduce el estudio llevado a cabo por RUSTAD, M. («Unraveling punitive damages: current data and further inquiry», 15 *Wisconsin Law Review* (1998), cit. por SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages and continental Law», *ZEUP*, 3/2001, p. 610) en el que se pone de manifiesto que los *punitive damages* se otorgan para castigar conductas antisociales.

²⁶ En este sentido cabe destacar la aportación de SHAVELL y POLINSKY («Punitive damages: an economic analysis», 11 *Harv. L. Rev.* 869) quienes defienden la condena al pago de *punitive damages* en dos grandes supuestos: a) cuando existe la posibilidad de que el agente del daño haya evitado indemnizar por el daño causado, y b) cuando un individuo ha actuado maliciosamente.

Si bien el recargo es una figura propia del derecho laboral, su relación con la responsabilidad civil es clara. No sólo por la posibilidad de que en un mismo supuesto de hecho se solapen ambas responsabilidades²⁷ sino también por el origen histórico de esta figura. Recuérdese que el recargo se impone sobre las prestaciones económicas a las que el trabajador tiene derecho en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional; como es sabido, éstas tienen su origen en la instauración de un régimen de responsabilidad objetiva del empresario frente al trabajador, surgido en la Ley de accidentes de trabajo de 1900 o Ley Dato²⁸. La aplicación de las normas de Derecho común no era favorable al trabajador, pues le resultaba sumamente complicado probar todos los extremos para que, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, fuera declarado responsable el empresario. Difícilmente, por tanto, podía el trabajador ejercer con éxito su derecho al cobro de la pertinente indemnización de los daños sufridos en este tipo de supuestos. Surge así la «teoría del riesgo profesional» en virtud de la cual «el empresario debía indemnizar a los trabajadores de su empresa en caso de sufrir un accidente porque éste se consideraba una consecuencia natural de la situación de riesgo que toda actividad productiva crea y además porque era el empresario el que obtenía la mayor parte del beneficio de la empresa»²⁹. Del aseguramiento jurídico privado que cubría la responsabilidad objetiva del empresario, se pasó, en el Decreto 907/1966, de 21 de abril³⁰ que aprueba el texto articulado I de la Ley de Bases de la Seguridad Social, a una técnica de aseguramiento social³¹.

Podríamos afirmar que las prestaciones económicas sobre las que se establece el recargo, serían, en términos civiles, una indemnización tasada de algunos daños derivados de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. Sobre esta «indemnización» tasada y objetiva se establece el recargo con unas características y un régimen jurídico propio que no parece objetivo³² (el empresario debe haber omitido las medidas de seguridad e higiene en el

²⁷ Sobre este aspecto *Vid. infra*. III.B.

²⁸ *Gaceta* de 31 de enero.

²⁹ DURÉÑEZ SÁEZ: «El recargo de prestaciones», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 108/2001.

³⁰ BOE de 22 de abril.

³¹ Sobre si la indemnización laboral puede considerarse un seguro sobre las personas de los trabajadores o un seguro de responsabilidad civil del empresario, *Vid. CAVANILLAS, S.*, «Comentario a la STS de 30 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24. El autor se inclina por la segunda de las opciones indicadas por dos razones: *a)* la configuración histórica del recargo, y *b)* el pago exclusivo de las primas por el empresario.

³² Sobre esto *Vid.* apartado III.

trabajo) y que cuenta con su propio sistema de valoración (en función de la gravedad de la falta)³³.

También los *punitive damages* se añaden a la indemnización meramente reparadora (*compensatory damages*) estableciéndose conforme a sus propias pautas, pero no se limitan a un ámbito objetivo concreto, sino que se imponen en cualquier caso de responsabilidad civil, naturalmente siempre que se cumplan los requisitos señalados anteriormente: no se ciñen, en suma, a ningún tipo específico de relación jurídica o de ámbito de la realidad social.

En definitiva, el recargo, en todo caso, podría entenderse como un supuesto concreto de *punitive damages* en nuestro Ordenamiento, pero no como una figura equivalente de los mismos: como un caso en el que el legislador, por las especificidades del mismo, ha decidido dar entrada de manera excepcional a una figura extraña al ordenamiento. Esta primera conclusión se proyecta, como ya adelantamos al comienzo, en el resto del trabajo: porque la labor que se impone es establecer si el recargo es una categoría de *punitive damages* que reúne todos sus rasgos, o si cuenta con algunas características que le dotan de cierta independencia.

B. TIPIFICACIÓN DEL RECARGO

El recargo, entendido como un caso específico de *punitive damages*, está, además, tipificado, pues existe una norma que delimita el supuesto de hecho de aplicación (art. 123 TRLGSS)³⁴. Obsérvese la importancia de esta característica, pues en el Derecho norteamericano no encontramos una tipificación de los *torts* cuya comisión permita la condena al pago de *punitive damages*³⁵.

³³ Sobre esto *Vid.* apartado II.A.2.

³⁴ En efecto, algunos autores discuten que el artículo 123 TRLGSS implique una tipificación del recargo. En este sentido, se afirma que «La generalidad del artículo 93 L.G.S.S. (hoy 123) y lo aleatorio de su resultado lo hacen difícilmente compatible con tal principio de tipicidad [...]», BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ, «Puntos críticos en torno al recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Reflexiones en torno a la incidencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Tribuna Social*, 1995, p. 37. que (citando a García de Enterría.) «[...] impone la seguridad jurídica que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos».

³⁵ Algunos Estados sí han llevado a cabo esta labor aunque no de una manera uniforme; esto es, mientras algunos han optado por enumerar aquellos *torts* que admiten condenas de *punitive damages*, otros han preferido individualizar aquellos en los que se prohíben. *Vid.* BLATT, R. L./HAMMESFAHR, W./NUGENT, L. S., *Punitive damages. A State-by-State Guide to Law and Practice*, 1991.

La doctrina sí que ha individualizado *torts* en los que suele ser habitual la imposición de *punitive damages* y aquellos en los que no suelen imponerse. En cuanto a los primeros, suelen citar, *battery, libel, slander, deceit, seduction, alienation or affection, malicious prosecution, intentional interferences with property* (PROSSER AND KEETON: *op. cit.*, 1984,

De modo que podría afirmarse que el legislador español habría dado entrada a un supuesto concreto de *punitive damages* pero dotándole de una seguridad jurídica difícilmente predicable de los supuestos de aplicación de los *punitive damages* en el Derecho norteamericano.

II. CARACTERÍSTICAS

En el recargo cabe individualizar características tanto sancionadoras como indemnizatorias; en este sentido, vuelve a cobrar fuerza la tesis de que podría considerarse un supuesto concreto de *punitive damages*, figura híbrida con tintes sancionadores e indemnizatorios por antonomasia. Pero, de nuevo, se aprecia que esta «figura particular» no se adapta de manera exacta al «molde» de su posible «figura general anglosajona», ya que el análisis individualizado de cada una de las características seleccionadas pone de manifiesto que no todos los rasgos punitivos del recargo son los mismos que los de los *punitive damages*; algo similar sucede en relación con las características indemnizatorias.

A. SANCIONADORAS

La prohibición de aseguramiento, la determinación de la cuantía conforme a la gravedad de la falta y el procedimiento administrativo de imposición, son los principales³⁶ rasgos sancionadores del recargo. El último de ellos no es predicable de los *punitive damages*.

5.^a ed., p. 10). DOBBS (*Law of remedies*, 1993, p. 315) nos informa de aquellos en los que suelen excluirse: *equity*, responsabilidad contractual, arbitraje, casos relativos al ejercicio de derechos protegidos por la primera enmienda. Los supuestos en los que suele condenarse son casos de negligencia profesional, de productos defectuosos, daños físicos, o vulneración de derechos como la libertad de expresión.

Ni siquiera la *Model Punitive damages Act* tipifica el supuesto de hecho de aplicación: «[...] the Act does not define the types of cases in which an award may be made», *Prefatory note*, p. 4.

³⁶ La jurisprudencia, según nos informan BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ (*op. cit.*, *Tribuna Social*, 1995 p. 36) suele también argumentar que ante la insolvencia del empresario, el INSS no asume el recargo, precisamente por su naturaleza sancionadora. *Vid.* también MARTÍNEZ LUCAS, J. A., «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo», *Revista General de Derecho*, 1996, p. 3377. BARBANCHO TOVILLAS y GARCÍA VIÑA («Últimos criterios jurisprudenciales sobre el recargo de las prestaciones por accidentes de trabajo», *Tribuna Social*, 1995, pp. 47 y 48) quienes observan que la jurisprudencia anterior sí lo permitía.

1. La prohibición de aseguramiento

Aunque algún autor ha propuesto extender la posibilidad de asegurar los *punitive damages*³⁷ y la jurisprudencia se encuentre dividida al efecto³⁸, puede afirmarse que la regla general es su prohibición³⁹.

En el mismo sentido, el artículo 123 TRLGSS, prohíbe, so pena de nulidad, el aseguramiento del recargo⁴⁰. A pesar de la claridad del texto, esta prohibición absoluta ha sido sometida a debate como consecuencia de la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (a partir de ahora, LPRL)⁴¹ y, en concreto, del artículo 15.5 que reza como sigue:

«[...] podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de

³⁷ «The paths of civil litigation», 113 *Harv. L. Rev.* 1801 (2000). Las ventajas que aportaría esta reforma propuesta por el autor las sintetiza del siguiente modo: «Allowing insurance coverage of punitive damages greatly increases the predictability of the liability costs of a given product or activity. Restricting insurability discourages risk-averse defendants from engaging in potentially beneficial activities. In addition, insurability allows for greater risk management. Insurers may be in a better position than potential defendants to predict the costs of accidents and to distribute those costs across entire industry of risk takers».

³⁸ DOBBS, *Law of remedies*, 1993, p. 336, por un lado, en el caso *Northwestern National Casualty Co. v. McNulty* 307 F. 2d 432 (5th Cir. 1962), el Juez Wisdom consideró que si la función de los *punitive damages* consiste en castigar y disuadir, éstas no se cumplirían adecuadamente si se permitiese el aseguramiento. Frente a esta sentencia se sitúa *Whalen v. On-Deck, Inc.* 514 A. 2d 1072, 1074 en la que no se consideró totalmente incompatible con la disuasión la posibilidad de permitir el aseguramiento «A wrongdoer who is insured against punitive damages may still be punished through higher insurance premiums or the loss of insurance altogether».

³⁹ Algunos Estados sí lo permiten. *Vid.* SCHLOERB, Robert G.; BLATT, Richard L.; HAMMESFAHR, Robert W. y NUGENT, Lori S., *Punitive damages: A guide to insurability of punitive damages in the United States and its territories*, 1998.

⁴⁰ No debe sorprender que éste sea uno de los argumentos más utilizados por los partidarios de calificar al recargo de sanción. *Vid.* ALFONSO MELLADO, C. L., *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, 1998, p. 44.

⁴¹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre. Es importante señalar, además, que no siempre se ha prohibido el aseguramiento del recargo. La regulación de este aspecto sufrió una importante variación que, para algunos, ha supuesto un punto de inflexión en la determinación de la naturaleza jurídica y la función del recargo: inicialmente el legislador incluyó el recargo de prestaciones entre las responsabilidades del empresario asegurables. Así lo establecía expresamente el artículo 12 de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900. Pero, en la Ley de accidentes de Trabajo de 1922, el legislador decide prohibir el aseguramiento del recargo, en su artículo 6.5 («[...] El riesgo de la indemnización especial a que se refiere esta disposición 5.ª no puede ser materia de seguro. Si se probare que alguna entidad aseguradora lo asumía, deberá ser apercibida, y caso de persistir en pactar dicha condición, se le retirará la autorización oficial que se le hubiere concedido a los efectos de la presente ley»). Esta prohibición se mantiene en las normas posteriores: en el Decreto de 22 de junio de 1956 que aprueba el texto refundido regulador de la Ley de accidentes del trabajo y su Reglamento de desarrollo, la prohibición de aseguramiento la encontramos en el artículo 32. En la Ley de seguridad social de 1966, la prohibición la encontramos en el artículo 147.2. Finalmente, el antecedente inmediato de la actual regulación, el artículo 93 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, está redactado en los mismos términos que actualmente, por tanto, también prohibiendo el aseguramiento.

riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores [...]»

Inicialmente, el proyecto de ley remitido al Senado establecía en el artículo 42.6.º LPRL la prohibición absoluta de asegurar el recargo⁴². Fue en el Senado donde, como consecuencia de una enmienda presentada por el Grupo parlamentario socialista del Senado, esta prohibición se suprimió⁴³. En nuestra opinión, esta supresión y el tenor literal del TRLGSS constituyen argumentos convincentes a favor de la prohibición de su aseguramiento⁴⁴.

Esta característica claramente sancionadora está íntimamente relacionada con la función que el legislador ha querido otorgar al recargo, por lo que volveremos sobre ella cuando analicemos este aspecto concreto⁴⁵.

2. La determinación de la cuantía: la mayor seguridad jurídica del recargo

Frente a las indemnizaciones meramente reparadoras, que se calculan de acuerdo con el valor del daño causado, las condenas que buscan castigar al agente que ha causado el daño toman en cuenta otros parámetros como la gravedad de la conducta de este último.

⁴² Artículo 42.6 Proyecto de Ley de PRL 1992 antes de su paso por el Senado: «En ningún caso podrá ser objeto de seguro alguno la responsabilidad del pago del recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo previsto en la legislación vigente, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realiza para cubrirla, compensarla o transmitirla».

⁴³ De ello nos informan BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ, *op. cit.*, *Tribuna Social*, 1995, p. 39.

⁴⁴ La interpretación contraria no nos parece defendible, desde el momento en que se basa en normas que, bien ni siquiera han llegado a estar en vigor o bien ya están derogadas. Pero puesto que este debate existe, nos vemos obligados a dar cuenta del mismo.

En efecto, lo que se discute es la relación que existe entre el artículo 15.5 LPRL y el artículo 123 TRLGSS.

Así, para unos, prevalece el principio *lex posterior derogat anterior*, de modo que la prohibición de aseguramiento establecida en el apartado 4.º del artículo 123 TRLGSS, estaría derogada. Como apoyo a esta postura, se trae a colación el Proyecto de la LPRL, en el que se establecía de manera expresa la derogación. También se recuerda que inicialmente el legislador incluyó el recargo de prestaciones entre las responsabilidades del empresario asegurables. Así lo establecía expresamente el artículo 12 de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900. Es en la Ley de accidentes de trabajo de 1922 cuando el legislador decide prohibir el aseguramiento del recargo, en su artículo 6.5.

Para otros autores, sin embargo, debe prevalecer el carácter de ley especial del artículo 123 TRLGSS, respecto de la generalidad del precepto de la LPRL, de manera que aquel constituiría una excepción al régimen general. Añaden, que la DA 1.ª de la LPRL mantiene en vigor expresamente las previsiones de la normativa de seguridad social. *Vid.* doctrina citada en ALFONSO MELLADO, C.L., *op. cit.* 1998, p. 45 nota 60.

⁴⁵ *Vid.* apartado III.

Los *punitive damages*, cuya función es claramente preventiva y sancionadora⁴⁶, por definición sobre-indemnizan. Sin embargo, no existen parámetros claros que permitan prever a cuánto ascenderá dicha sobre-indemnización. Precisamente la amplia discrecionalidad que existe para determinar el *quantum* al que asciende la condena al pago de *punitive damages* es uno de los aspectos más polémicos de esta figura jurídica, polémica que ha llegado incluso a adquirir tintes constitucionales y que ha llevado a algunos autores a hablar de «crisis» de esta institución⁴⁷. Su origen se sitúa en los años ochenta del siglo xx, momento en que se producen las condenas al pago de cuantías astronómicas en concepto de *punitive damages*.

La determinación de la cuantía de los *punitive damages* se intenta controlar por dos vías⁴⁸: en primer lugar, estableciendo medidas legislativas en los propios Estados; en segundo lugar, a través de la elaboración de unos criterios por el Tribunal Supremo federal.

En relación con la vía que podríamos denominar «legislativa», ésta, a su vez, se bifurca: algunos Estados limitan cuantitativamente la cuantía mediante «caps», mientras que otros prefieren establecer una determinada relación entre *punitive* y *compensatory damages*⁴⁹.

Pero es en la vía judicial donde encontramos desarrollado el debate sobre la constitucionalidad de la valoración de los *punitive damages*, realizado a partir de su examen a la luz de la Octava Enmienda⁵⁰, que prohíbe las multas excesivas, y de la Décimo-

⁴⁶ Vid. apartado III.

⁴⁷ REDISH y MATHEWS: «*op. cit.*, 53 *Emory L. J.* 1 (2004) citando a QUAYLE, D., «Civil justice reform», 41 *Am. U. L. Rev.* 559, pp. 564-565 (1992).

⁴⁸ No deben olvidarse las teorías que utilizan los instrumentos del análisis económico del Derecho, de acuerdo con las que el supuesto de hecho está fuertemente influido por la función preventiva y disuasoria de los *punitive damages*. En este sentido, destaca la tesis defendida por los profesores SHAVELL y POLINSKY (*op. cit.*, 11 *Harvard L. Rev.* 1998, 1) construida sobre el principio de *optimal deterrence*: los *punitive damages* fuerzan al potencial agente del daño a asumir los costes de la actividad, asegurando que ésta se ejecutará únicamente dentro de los límites de lo que es económicamente eficiente [*vid.* también KEITH, N. H., «Punitive damages and the economic theory of penalties», en 87 *Geo. L.J.* (1998) 421]. En este contexto económico los *punitive damages* sólo disuaden si su cuantía excede al costo de los medios para evitarlos. Nótese que ya no es la malicia del sujeto lo que importa, sino el cálculo de lo que cuesta indemnizar y lo que cuesta poner los medios para evitar el daño.

⁴⁹ Vid. a este propósito CORONGIU, S., «Punitive damages awards in the US Judicial experience and their recognition in Italy, 2004», Tesis inédita, pp. 11 y 12.

⁵⁰ Octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América: «Excessive fines clause. Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted».

cuarta Enmienda, en la que se contempla la *Due Process Clause*⁵¹. En relación con este aspecto, resultan de obligada cita cuatro conocidos casos⁵² en los que el Tribunal Supremo federal ha ido construyendo los criterios que intentan adecuar la cuantía de los *punitive damages* a los límites constitucionales. El punto de inflexión está constituido por *BMW of Northamerica Inc. v. Ira Gore*, en el que, por primera vez, el Tribunal articula unas líneas para establecer la cuantía de los *punitive damages*.

El caso era el siguiente: la empresa demandada vendió al demandante un coche nuevo que había sido repintado, como consecuencia de los desperfectos que había sufrido durante el viaje Alemania-EE.UU. Al descubrirlo, el comprador interpone la demanda. Junto a la indemnización compensatoria (de 4.000 dólares), se concedieron *punitive damages* por un valor de 4 millones de dólares, reducidos en apelación a 2 millones.

El Tribunal enumeró los criterios que deben ser evaluados por un tribunal para determinar si la cuantía a la que ascienden los *punitive damages* es excesiva: a) el grado de reprochabilidad de la

⁵¹ Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América: «Nor shall any State deprive any person of life, liberty or property without due process clause».

⁵² Los casos son los siguientes: 1. *BMW of Northamerica Inc. v. Ira Gore* [116 Supreme Court Reporter 1589 (1996)]; 2. *State Farm Mut. Aut. Ins. Co. v. Campbell* [123 S.Ct. 1513 (2003)]; 3. *TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp* [509 U.S. 443 (1993)]; y 4. *Pac. Mut. Life Ins. Co. V. Haslip* [499 U.S. 1 (1991)]

S. MESULAM [«Collective rewards and limited punishment: solving the punitive damages dilemma class», 104 *Colum. L. Rev.* (2004) 1114] se refiere a ellos como «the Supreme Court's punitive damages "quartet"».

El primer caso en el que se planteó ante el TS federal la constitucionalidad de la figura analizada es *Browning Ferris Industries of Vermont, Inc. V. Kelco Disposal, Inc.* En este caso, si bien se rechazó que la 8.ª enmienda fuese aplicable a los *punitive damages* por estar referida únicamente a las multas penales, el tribunal planteó la posible limitación de las cuantías a través de la decimocuarta enmienda. Sin embargo, al no haberse suscitado esta cuestión, el tribunal aludió a ella en *obiter dictum*.

En *Pacific Mut. Life Ins. Co. V. Haslip*, cuyo origen se encuentra en la cancelación indebida de un seguro de vida, el tribunal, de manera no muy explícita, da a entender que debería existir una ratio entre la cuantía a la que ascienden los *compensatory damages* y la de los *punitive damages*.

En *TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp* se pone de manifiesto la necesidad de establecer un límite a las condenas de *punitive damages* pero en el caso concreto no se consideró traspasado. Los magistrados firmantes de los votos particulares de este caso avanzaron los criterios que, a su juicio, debían utilizarse con el fin de fijar dicho límite: la existencia de una ratio entre *punitive* y *compensatory damages*; los precedentes, y, finalmente, el modo en que se regulaba las conductas similares.

Al margen de estos cuatro casos, también debe citarse *Honda Motor Co. v. Oberg* [512 U.S. 415 (1994)], en el que por primera vez se anuló un caso por vulneración de la *due process clause*. Se trataba de un caso de daños causados por un coche defectuoso en el Estado de Oregon. En el *Statute* de dicho Estado se contemplaban las siguientes razones que justificaban el rechazo de un veredicto sobre *punitive damages*: a) que las instrucciones al jurado estuvieran mal redactadas; b) que en el juicio se hubiera cometido otro tipo de error; c) que la prueba fuera insuficiente. El Tribunal Supremo federal consideró que dichas pautas no protegían frente a decisiones arbitrarias, por lo que se vulneraba la *Due Process Clause*.

conducta: por ejemplo, en el caso BMW, la cuantía de *punitive damages* impuesta por el tribunal inferior se consideró excesiva, a la vista de que «[...] BMW's conduct evidenced no indifference to or reckless disregard for the health and safety of others»; b) la ratio entre la indemnización compensatoria y los *punitive damages*: para determinar si es excesiva, el Tribunal no aportó ninguna fórmula matemática⁵³, sino que tuvo en cuenta el daño potencial que podía haber causado BMW. A este propósito, afirmó que la empresa de coches había dejado de vender coches repintados como si fueran nuevos y que, por tanto, no existía la posibilidad de que el demandante o cualquier otro comprador sufriera de nuevo los daños; c) las sanciones civiles y penales impuestas por conductas similares. Comparando la cuantía a la que ascienden estas sanciones y la impuesta en concepto de *punitive damages*, puede llegar a determinarse si estamos ante un caso de condena desproporcionada.

En virtud del artículo 123 TRLGSS, la cuantía del recargo se determina conforme a las siguientes directrices: a) se calcula sobre la base de las prestaciones económicas; b) varía de un 30 a un 50 por 100; y c) dicha variación depende de la gravedad de la falta que ha causado el accidente de trabajo o la enfermedad profesional.

Dos aspectos interesa resaltar a propósito de la cuantificación del recargo: por un lado, nótese que se realiza de manera independiente de los daños reales⁵⁴ y en función de la gravedad de la falta⁵⁵. Ésta es, probablemente, una de las características que más lo aproximan a una sanción⁵⁶. Por otro lado, es importante resaltar que el legislador español aporta una horquilla de valores que, en cierto modo, limita la discrecionalidad a la hora de establecer el recargo: de un 30 a un 50 por 100 sobre el valor de las prestaciones económicas⁵⁷.

⁵³ Afirmó, de hecho que «[...] it is not possible to draw a mathematical bright line between the constitutionally acceptable and the constitutionally unacceptable that would fit every case».

⁵⁴ ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, 1998, p. 32.

⁵⁵ MARTÍNEZ LUCAS, *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal. Criterios jurisprudenciales*, 1996, pp. 48 a 54.

⁵⁶ Sin embargo, los magistrados del TS firmantes del voto particular en la STS (4.ª) de 2 de octubre de 2000 apuntaron que este dato no es decisivo para considerar sancionador el recargo. Y trajeron a colación a este propósito el artículo 1107 CC. Creemos que ambos preceptos no son comparables pues, aunque el artículo 1107 CC tenga en cuenta la conducta dolosa, nunca va más allá de los daños causados. El artículo 123 LGSS en ningún momento pone como límite del recargo los daños causados. Ahora bien, a pesar de que los parámetros de valoración son claramente sancionadores, parece importante advertir desde ahora que el recargo no siempre va a sobre-indemnizar a la víctima. *Vid. infra* el epígrafe III. Funciones.

⁵⁷ Sobre los parámetros utilizados por la jurisprudencia para determinar el porcentaje concreto *vid.* CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO, *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable*, 2005.

Comparemos los parámetros propuestos por el Tribunal Supremo federal para determinar la cuantía de los *punitive damages* y los establecidos por el legislador español para concretar el recargo.

El primero de los parámetros señalados en BMW (grado de reprochabilidad de la conducta) podría considerarse equivalente a la gravedad de la falta en función de la que se establece el recargo.

En el caso del recargo no existe una ratio entre éste y la indemnización compensatoria, aunque sí entre prestaciones de la seguridad social y recargo, pues el porcentaje se calcula sobre la base de aquéllas.

En fin, nada se dice en la ley española sobre la relación que deba guardar la cuantía del recargo con las sanciones penales o administrativas que se puedan imponer por conductas similares.

Nótese que la seguridad jurídica que reporta la regulación del recargo parece mayor que la que pueda apreciarse en la concesión de *punitive damages* en USA ya que el legislador español ha concretado los parámetros que deben utilizarse para imponerlo. En USA, por el contrario, si bien los tribunales inferiores de Estados Unidos han seguido los parámetros del caso BMW y el propio TS federal ha intentado clarificarlos en el caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*⁵⁸ los resultados no han sido uniformes y la doctrina reclama mayor seguridad jurídica⁵⁹.

⁵⁸ *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell* 538 US 408 (2003). Sobre este caso Vid. KAZ ESPY, «Whoa, slow down! Applying the constitutional brakes to accelerated punitive damages awards», 55 *Mercer L. Rev.* 835 (2004).

⁵⁹ «The paths of civil litigation», 113 *Harv. L. Rev.* 1792 (2000), quien afirma que «[...] Gore standards provide little direction for litigants». Lo cual se confirma a la vista del caso Exxon en el que el *Ninth Circuit* (jurisdicción novena) consideró la suma excesiva a la luz de los criterios expuestos por el TS, mientras que el tribunal de distrito de Alaska consideró la misma suma proporcional, basándose en estos mismos criterios. Algún autor [MESULAM, S., *op. cit.*, 104 *Colum. L. Rev.* (2004) 1120] observa que este hecho muestra «the persistent debate among courts and commentators as to whether there is a constitutional limit on punitive awards and, if so, where that limit might be».

Especialmente críticas son las palabras de REDISH y MATHEWS [«*op. cit.*», 53 *Emory L. J.* 1 (2004)] que reproducimos: «Neither of these constitutional solutions, however, adequately reconciles punitive damages with the Constitution because neither recognizes or focuses upon the constitutional problem that plagues the award of punitive damages at their very foundation: that purely public power to punish is being exercised by purely private actors who are naturally (and quite appropriately) focused not necessarily on furthering the public interest but rather primarily, if not exclusively, on pursuit of their own narrow interest».

También [«The paths of civil litigation», 113 *Harv. L. Rev.* 1788 (2000)] se considera que los parámetros carecen de la suficiente precisión para evitar la amplia discrecionalidad. De hecho el Juez Scalia en su voto particular en la sentencia BMW pone de relieve que el test propuesto por el tribunal no sirve de guía para los tribunales inferiores. Vid. HINES, L., «Due process limitation on punitive damages: why State Farm Won't be the last word», *Akron Law Review*, 37, pp. 779 y ss (2004).

3. El procedimiento de imposición del recargo: la intervención de la Administración

Es ésta otra característica que dota de una individualidad propia al «tipo específico» recargo frente al «género» *punitive damages*.

El trabajador que sufre un accidente de trabajo o una enfermedad profesional a consecuencia de la omisión de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo no puede solicitar directamente el pago del recargo al empresario. Previamente, éste debe ser impuesto por una autoridad pública y mediante el correspondiente procedimiento administrativo⁶⁰. En concreto, son las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social las que efectúan el reconocimiento en expediente administrativo en materia de seguridad social⁶¹. La resolución que recaiga en el expediente es recurrible ante la jurisdicción social⁶².

Frente a ello, el procedimiento de imposición de los *punitive damages* en USA podría calificarse de «mero litigio entre particulares»⁶³.

B. INDEMNIZATORIAS

1. La víctima como destinatario: regla con alguna excepción

La cuantía que el agente del daño debe pagar en concepto de *punitive damages*, está destinada a la víctima del daño. Del mismo

⁶⁰ RD 396/1996, artículo 15.1.g). El artículo 7.8 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, contempla la posibilidad de que el procedimiento sea instado por el inspector de trabajo.

⁶¹ La necesidad de este procedimiento previo es un fuerte argumento a favor de su naturaleza sancionadora (ALFONSO MELLADO, Carlos L., *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, 1998, p. 32, MARTÍNEZ LUCAS, *op. cit.*, 1996, pp. 48 a 54). Para CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO (*op. cit.*, 2005, p. 35, nota 49) no se trata de un procedimiento administrativo sancionador propiamente dicho porque no reúne todas las características de éste (regulado en el RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social). Pero, tal y como reconocen estos mismos autores, si se tratara de una simple indemnización no tendría razón de ser la intervención inicial de la entidad gestora en vía administrativa resolviendo sobre su procedencia y porcentaje del incremento, ya que en ese caso, despojado el recargo de su carácter público o sancionador, se estaría ante un mero litigio entre particulares del que sólo podrían conocer los órganos jurisdiccionales.

⁶² Es en la Ley de Seguridad Social de 1966 en donde por primera vez se establece que la responsabilidad del empresario se fijará en vía administrativa (art. 147.3., «Serán competentes para declarar, en vía administrativa, la responsabilidad fijada en este artículo, las Comisiones Técnicas Calificadoras a que se refiere el artículo 144»). En idéntico sentido, se expresaba el artículo 93 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, en su apartado 4.º

⁶³ Por no ser ésta una característica sancionadora, será tratada más adelante *vid. infra*.

modo, el destinatario del recargo es el trabajador o sus derechohabientes, en su caso⁶⁴.

Esta regla se rompe de manera excepcional.

Así, algunos Estados⁶⁵ han decidido que una parte de los *punitive damages* sean destinados al Tesoro Público.

En relación con el recargo, cuando el trabajador ha fallecido y no existen beneficiarios⁶⁶, la Tesorería General de la Seguridad Social es quien lo percibe: las cantidades se ingresan en el Fondo de Garantía de accidentes de trabajo actualmente integrado en el INSS⁶⁷.

2. La necesidad de un daño: el adicional incumplimiento de normas en el recargo

Los *punitive damages* entran en juego previa causación de un daño. Del mismo modo, el pago del recargo es consecuencia del sufrimiento de un daño por parte del trabajador (accidente laboral o enfermedad profesional). Sin embargo, no hay que olvidar que el recargo sólo entra en juego si hay una previa infracción de normas, las de seguridad e higiene en el trabajo, pues se trata de una medida íntimamente relacionada con las políticas de prevención de riesgos laborales. De hecho, el artículo 123 TRLGSS debe interpretarse necesariamente junto con un precepto de la Ley de Seguridad e Higiene en el Trabajo⁶⁸, el artículo 42, que en sus apartados 1 y 3 reza como sigue:

«1. El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades

⁶⁴ Uno de los argumentos más sólidos para defender la naturaleza indemnizatoria del recargo de prestaciones es precisamente éste, que el destinatario del mismo no es el Tesoro Público, sino el trabajador. APARICIO TOVAR, «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo», *REDT*, núm. 49, 1991, pp. 734 y 735. CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO (*op. cit.*, 2005, p. 31) consideran que si fuera una sanción debería ser la Administración el sujeto legitimado para percibir este recargo.

Quienes defienden la naturaleza mixta del recargo y que, por tanto, no dejan de tener en cuenta sus características sancionadoras, ven en el destinatario privado del recargo un elemento indemnizatorio: MILLÁN VILLANUEVA, «Vicisitudes jurídicas del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional», en *VV.AA. VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1991, pp. 386 y 388.

⁶⁵ DOBBS, *op. cit.* 2000, p. 1075. En concreto, este autor cita los Estados de Iowa, Oregon y Kansas.

⁶⁶ Los derechohabientes del trabajador.

⁶⁷ Artículo 10 Decreto 3159/1966: «El fondo de garantía de accidentes de trabajo tendrá los siguientes recursos: d) Los capitales que deberán ser satisfechos por la entidad aseguradora o patrono en su caso en la cuantía necesaria para constituir una renta cierta temporal durante veinticinco años del 30 por 100 del salario de los trabajadores que mueran por consecuencia mediata o inmediata de accidente de trabajo sin dejar familiares con derecho a prestaciones».

⁶⁸ Ley 31/1995 de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento. [...] 3. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema.»

El precepto reproducido se sitúa en el ámbito del incumplimiento por el empresario de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Entre dichas obligaciones se sitúan las relativas a las medidas de seguridad, higiene y salubridad en el trabajo, en definitiva, las mismas cuyo incumplimiento da lugar a la aplicación del recargo. Éste es objeto de regulación en el precepto analizado, pero no se cita expresamente como una de las responsabilidades que se generan por el incumplimiento de las medidas citadas: las administrativas, las penales y las civiles son las únicas que se enumeran. El precepto analizado se ocupa del recargo de manera expresa sólo para reiterar (pues ya lo hace el artículo 123.3 TRLGSS) la compatibilidad del mismo con las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador⁶⁹. Finalmente, el último apartado recoge la prohibición del *bis in idem*, al que nos referiremos más adelante⁷⁰.

En este momento, lo que procede destacar es, de nuevo, la especificidad del recargo: aun cuando lo entendiéramos como un tipo de *punitive damages*, el precepto reproducido vuelve a poner de manifiesto que se trata de una reacción del ordenamiento jurídico frente a una infracción específica de normas, de un ámbito muy concreto.

⁶⁹ Una interpretación literal del precepto ha servido a algunos autores para defender la naturaleza indemnizatoria del recargo. El artículo 42 LPRL, al establecer la compatibilidad de las sanciones administrativas en los siguientes términos «serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social». BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ («*op. cit.*», *Tribuna Social*, 1995, p. 40) afirman: «nótese que se refiere en plural a las indemnizaciones y utiliza, exclusivamente, la conjunción copulativa “y” como nexo de unión con el recargo de prestaciones, cuando si lo que hubiera querido establecer era la disociación del recargo y de las indemnizaciones [...] precisamente debería haber utilizado la expresión “y con el recargo” en lugar de “y de recargo”».

Este argumento se combate diciendo que «si el legislador hubiera tenido intención de clarificar la situación, especialmente si era en sentido contrario a la interpretación mayoritaria, debería haberlo hecho de un modo más claro y expreso», ALFONSO MELLADO, C. A., *op. cit.*, 1998, p. 33.

⁷⁰ *Vid. infra*. III.B.2.

3. El procedimiento de imposición de los *punitive damages*: la intervención del jurado

Adelantábamos ya en las líneas anteriores, que los *punitive damages* se imponen en un proceso civil, en concreto, en un proceso en el que interviene el jurado, algo que ha sido objeto de crítica.

Por lo que se refiere a la utilización del proceso civil, se pone de manifiesto que las reglas de la carga de la prueba impiden que de manera clara se pueda defender el demandado de las acusaciones⁷¹. En general, se critica la inutilización de las garantías del proceso penal⁷².

En relación con la intervención del jurado, las conclusiones a las que han llegado numerosos estudios ponen de manifiesto que no es adecuada⁷³. Lo que se critica es que una cuestión jurídica, como es la imposición de *punitive damages*, se deje al jurado⁷⁴, cuyas decisiones pueden ser arbitrarias, tal y como puso de relieve el Tribunal Supremo en el caso *Honda Motor Co. v. Oberg*⁷⁵, afirmando que la *Due Proces Clause* exige una revisión de la decisión del jurado en apelación.

El desacuerdo con el proceso actual para la imposición de *punitive damages* es de tal calado que se ha llegado a proponer como una de las reformas más urgentes la eliminación del jurado: «The most obvious first step in promoting predictability and rationality

⁷¹ MURPHY, R., «Superbifurcation: making room for State prosecution in the *Punitive damages* process», 76 *N.C.L. Rev.* 463, 537 (1998).

⁷² DORSEY D. E., «Punitive damages, due process, and the jury», 40 *Ala. L. Rev.* pp. 976, 991 ss. (1989). A quien sigue en «The paths of civil litigation», 113 *Harv. L. Rev.* 1787 (2000). Se hace eco de esta crítica DOBBS, *Law of remedies*, 1993, p. 355.

⁷³ SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages and continental Law», *ZEUP*, 3/2001, núm. 3, pp. 610 a 612. RUSTAD, M. L., «Unraveling punitive damages: current data and further inquiry», 15 *Wisconsin Law Review* 1998; Eisenberg, T./Goerd, J./Ostrom, B./Rottman, D./Wells, M.T., «The predictability of punitive damages», 26 *Journal of Legal Studies* 623 (1997).

Viscusi, K., «The challenge of punitive damages mathematics», *Discussion paper n. 307 12/2000*, p. 38. Harvard Law School. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin-center/>, demuestra que los jurados no son capaces de realizar los cálculos matemáticos propuestos por SHAVELL, y POLINSKY, (op. cit., 11 *Harvard L. Rev.* 1998, 1). El mencionado autor afirma que las personas que se sometieron al estudio, no eran sensibles a la probabilidad de la detección de la responsabilidad, uno de los elementos clave de la teoría: «The character of the experimental evidence demonstrated that people did not carry out the Polinsky-Shavell instructions in setting punitive damages».

⁷⁴ «How must the law incentives rational behaviour on the part of the defendant? Is a question of law [...] How great were the plaintiffs injuries? Is a question of fact», «The paths of civil litigation» 113 *Harv. L. Rev.* 1802, n. 119 (2000). El jurado también interviene en los procesos penales, pero en estos últimos sólo la determinación de los hechos se deja al jurado, mientras que las cuestiones estrictamente jurídicas se reservan al juez.

⁷⁵ 512 US 415 (1994).

is for judges instead of juries to make the primary determination of punitive awards»⁷⁶.

III. FUNCIONES

Entrar en el análisis de las funciones de los *punitive damages* en general y del recargo en particular implica estudiar su relación con el resto de responsabilidades que pueden surgir en el mismo supuesto de hecho de aplicación: la civil y las sancionadoras públicas.

A. DISUASIÓN Y SANCIÓN

Como es sabido, la diferencia fundamental entre los *punitive damages* y los *compensatory damages* es que éstos se establecen desde el punto de vista de la víctima y, por tanto, de una justa reparación de los daños, mientras que los *punitive damages* adoptan la perspectiva contraria, esto es, la del agente, la de un castigo adecuado al mal que ha causado⁷⁷. En palabras de PROSSER⁷⁸, son tres los objetivos que se buscan con la condena a *punitive damages*: castigar, enseñar al agente del daño que no debe cometer de nuevo la conducta que ha causado el daño y disuadir a otros con el ejemplo⁷⁹⁻⁸⁰. Es interesante comprobar la claridad con la que ello se expresa en las instrucciones que suelen entregarse a un jurado:

«in determining whether or not you should award punitive damages, you should bear in mind that the purpose of such an award is to punish the wrongdoer and to deter that wrongdoer from repeating

⁷⁶ «The paths of civil litigation», 113 *Harv. L. Rev.* 1802 (2000). En el mismo sentido, y abogando por la desaparición del jurado en este tipo de procesos, OWEN, D., «Problems in assessing punitive damages against manufacturers of defective products», 49 *U. Chi. L. Rev.* 1, 52 (1982); MALLOR y ROBERTS, «Punitive damages: toward a principled approach», en 31 *Hast. L. J.* 639, 663 (1980).

⁷⁷ DOBBS, D., *Law of remedies*, 1993, p. 318.

⁷⁸ PROSSER, W. L., *The Law of Torts*, 4. 1971, p. 9. Cit. por SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages and Continental Law», *ZEuP* 3/2001, p. 604.

⁷⁹ Para J. G. FLEMING (*The Law of Torts*, 1998, p. 271. Cit. por SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages and Continental Law», en *ZEuP* 3/2001, p. 604) sirven para castigar y mostrar la indignación pública.

⁸⁰ Suele hablarse también de «Societal punishment» [CABRASER, E. J., «Unfinished business: reaching the due process limits of punitive damages in tobacco litigation through unitary classwide adjudication», 36 *Wake Forest L. Rev.* 979, 1028 (2001)]. Desde este punto de vista, se observa que los *punitive damages* se imponen por cuenta de la sociedad como una sanción al demandado por la transgresión de la *social compact*. Alguna autora (SHARKEY, C. M., «Punitive damages as societal damages» 103 *Yale L. J.* 2004, 347), considera que, puesto que se trata de una compensación a la sociedad, debería distribuirse la indemnización a la sociedad en su conjunto y no limitarla únicamente al demandante.

such wrongful acts. In addition, such damages are designed to serve as a warning to others and to prevent others from committing such wrongful acts⁸¹.»

La necesidad de culpa en la conducta del agente a la hora de condenarle al pago de *punitive damages* es un aspecto del supuesto de hecho de aplicación íntimamente unido con la función de esta figura: nótese que si la culpa es la omisión de la diligencia debida (omisión de una regla de conducta) en la conducta causante del daño, extender los *punitive damages* más allá de la culpa (es decir, en el ámbito en el que no interviene la conducta del sujeto) plantea la cuestión de si tendrán o no eficacia para prevenir daños. Y en efecto, la inmensa mayoría de la doctrina estadounidense entiende que la condena al pago de *punitive damages* exige que el agente haya actuado dolosamente⁸². A la misma conclusión llegamos si analizamos las expresiones utilizadas por los tribunales: el agente debe haber causado el daño *intentionally, maliciously, consciously, recklessly, willfully, wantonly, oppressively*⁸³. Situados en el dolo, la doctrina se plantea si éste incluye únicamente los casos en los que existe intención de dañar o si, por el contrario, se extiende a los supuestos de *intentional risk taking*⁸⁴, esto es, casos en los que se lleva a cabo una acción (o una omisión) conscientes del alto riesgo que existe de causar un daño (piénsese en un fabricante que comercializa un producto cuya peligrosidad conoce y que termina causando daños).

¿Es la función del recargo disuadir y sancionar? En la doctrina laboral, la respuesta está lejos de ser clara⁸⁵.

⁸¹ SUNSTEIN, C. R., KAHNEMANN, D., SCHKADE, D., «Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in Law)», en 107 *Yale L. J.* (1998), 2071, 2081.

⁸² A partir de la definición de J. G. FLEMING (*The Law of torts* 9, 1998, p. 271. Cit. por SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages and continental law», ZEuP 3/2001, p. 604) de los *punitive damages* se extrae que dicha indemnización procede ante conductas especialmente reprobables del agente (*outrageous*).

Los términos que suelen utilizarse son *malice, ill will, intent to injure, evil motive, oppressive, evil and wicked guilty of wanton or morally culpable conduct*.

⁸³ BEHR, V., «Punitive damages in american and german law. Tendencias towards approximation of apparently irreconcilable concepts», 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 105.

En la MPDA se exige que exista un *bad motive*, esto es que el demandante haya probado claramente que el demandado causó el daño dolosamente y con absoluta indiferencia hacia los derechos de los demás. No se incluyen por tanto las conductas negligentes, pues los comisarios opinan que para prevenir este tipo de conductas ya están las indemnizaciones compensatorias.

En nuestro país nos informa de este aspecto SALVADOR CODERCH («Punitive damages and continental Law», ZEuP, 3/2001, p. 606): los *punitive damages* se otorgan en casos de *malicious deceit o gross negligence*.

⁸⁴ DOBBS, D., *Law of remedies*, 1993, p. 319.

⁸⁵ Algo que se deriva del intenso debate que existe en relación con su naturaleza jurídica. No es una cuestión unánime si nos encontramos ante una figura (1) puramente sancionadora. (2) puramente indemnizatoria o, finalmente, (3) mixta. A este propósito, puede verse PURCALLA BONILLA, M. A., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, 2000, pp. 37 a 54. Este autor distingue entre las líneas argumenta-

Las posiciones que se defienden son que el recargo tiene como finalidad: a) fomentar el cumplimiento de las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales y disuadir del incumplimiento de las normas establecidas en la materia⁸⁶; b) compensar al trabajador que ha sufrido el daño⁸⁷; o c) una combinación de ambas funciones⁸⁸.

les existentes antes de la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y después de que ésta tuviera lugar. Destaca que en ese segundo momento, surgieron criterios interpretativos diversos que sistematiza de la siguiente manera: naturaleza mixta: sanción e indemnización; sanción administrativa material y especial; indemnización asegurable; cláusula penal de origen legal; responsabilidad laboral; responsabilidad de naturaleza jurídica múltiple; sanción civil indirecta. Dan cuenta también del debate CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO, *op. cit.*, 2005, pp. 27 a 36. MONEREO PÉREZ, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, 1992, pp. 51 a 54. ALFONSO MELLADO, Carlos L., *op. cit.*, 1998, p. 31. MOLINA NAVARRETE, «Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas de prevención de riesgos: la nueva “modernidad” de una institución jurídica clásica», *REDT*, núm. 79, 1996, pp. 792 ss. MARTÍNEZ LUCAS, *op. cit.*, *Revista General de Derecho*, 1996, pp. 3368 a 3379.

⁸⁶ ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, 1998, p. 45. ALARCÓN CARCUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de la Seguridad Social*, 1991, p. 143. MARTÍNEZ LUCAS, *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal. Criterios jurisprudenciales*, 1996, pp. 48 a 54. En un sentido similar MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, *REDT*, núm. 79, 1996, pp. 792 y 823 y CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO, *op. cit.*, 2005, p. 34.

⁸⁷ APARICIO TOVAR, «*op. cit.*», *REDT*, núm. 49, 1991, pp. 734 y 735. BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ («*op. cit.*», *Tribuna Social*, 1995, pp. 37 y 39) apuntan que «el recargo tiende a compensar o indemnizar [...] la producción del accidente –como daño– en sí mismo [...] La naturaleza indemnizatoria surge derivada de una relación contractual y tiene como fundamento el incumplimiento de un deber al que el ordenamiento jurídico otorga una relevancia especial, tasando el *quantum* y encargando al propio Estado, a través del sistema de Seguridad Social, el procedimiento adecuado tendente a la reparación del daño en la forma y efectos determinados en la ley». Estos autores consideran que si el recargo fuera una sanción debería cumplir el principio de tipicidad y que la generalidad del artículo 123 TRLGSS así como lo aleatorio de su resultado dificultan la compatibilidad de esta figura con este principio.

⁸⁸ Así, para MONTROYA MELGAR («Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidente de trabajo», en AA.VV., *Homenaje al Profesor Jiménez Fernández*, V. II, 1967, p. 606), su función consiste en exigir una responsabilidad al empresario por la infracción de normas de policía laboral que ha causado un accidente laboral o una enfermedad profesional (y en este sentido se trata de una sanción), pero también busca la compensación al trabajador víctima de tal accidente o enfermedad (y en este sentido se trata de una indemnización).

CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO (*op. cit.*, 2005, p. 36. *Vid.* autores citados en notas 51 y 52) observan que dentro de esta tercera corriente de pensamiento cabe distinguir, a su vez, dos vertientes: por un lado, aquella que hace prevalecer el aspecto sancionador sobre el indemnizatorio y, por otro lado, aquella que considera que la estructura indemnizatoria absorbe el componente sancionador. Dentro de esta segunda vertiente, propiciada por la promulgación de la LPRL, se integra MOLINA NAVARRETE («*op. cit.*», en *REDT*, núm. 79, 1996, p. 806) en los siguientes términos: «[...] el problema que plantea hoy el artículo 42.3 LPRL al intérprete es [...] la posibilidad de integrar de forma unitaria en la estructura indemnizatoria del recargo la función punitiva o, lo que es lo mismo, si la responsabilidad indemnizatoria por recargo, vista desde la perspectiva del deudor de seguridad y sujeto incumplidor, puede asumir plenamente el perfil sancionador en sentido técnico en una categoría jurídica propia y específica diferenciada de las sanciones civiles ordinarias pero sin abandonar las técnicas de derecho privado». Este autor considera que el recargo se sitúa en las nuevas tendencias del Derecho Privado en el que, siempre según el autor, emerge cada vez con mayor fuerza la categoría de las sanciones civiles indirectas que «[...] emergen como una eficaz y refinada técnica de tutela de los derechos subjetivos

En nuestra opinión, el recargo busca disuadir a los empresarios de no adoptar las medidas de seguridad e higiene en el trabajo y castigarles en caso de que incumplan este deber⁸⁹. A este propósito, no debemos olvidar la prohibición de aseguramiento⁹⁰ y el establecimiento de su cuantía en atención a la gravedad de la falta⁹¹.

En relación con la necesidad de culpa del empresario para poder condenarle al pago del recargo, debe señalarse lo siguiente. Si analizamos las prestaciones de la seguridad social desde la perspectiva del derecho civil, podríamos afirmar que la responsabilidad del empresario es, en este caso, objetiva⁹², por tanto sin necesidad de que concurra culpa. Siendo esto así, se discute si el recargo participa

e intereses legítimos de los particulares, pero también, y al mismo tiempo, como técnica de control de la efectividad de las normas jurídicas objetivas», *op. cit.* p. 810.

⁸⁹ Téngase en cuenta, además, que la posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia sobre su naturaleza jurídica es la que le confiere una naturaleza sancionadora. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. *op. cit.*, 1992, p. 51 («La doctrina jurisprudencial, aunque es indecisoria en algunos puntos, se muestra, sin embargo, prácticamente unánime respecto al carácter eminentemente sancionador de la medida de recargo [...]»). MOLINA NAVARRETE, «*op. cit.*», *REDT*, núm 79, 1996, p. 789. Este autor, sin embargo, considera que la promulgación de la LPRL ha supuesto un cambio de rumbo. ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, 1998, p. 31. PURCALLA BONILLA, M. A., *op. cit.*, 2000, p. 41 («La jurisprudencia, por su parte, ha venido otorgando con carácter abrumadoramente mayoritario naturaleza sancionadora al recargo de prestaciones, calificándolo bien como norma de contenido “sancionador”, bien como precepto de contenido “punitivo”»), en el mismo sentido, en p. 48. Este autor señala que la naturaleza puramente indemnizatoria se mantiene por el TSJ de la Comunidad Valenciana, algunas sentencias de los TSJ de Castilla-La Mancha, País Vasco y Madrid (p. 50, nota. 129) y, en el TS, por la STS (5.ª) de 13 de enero de 1989 (RJ 1989/169), (*op. cit.* p. 45). En esta última sentencia podemos leer que el recargo «no puede ser estimado como una sanción [...] puesto que [...] tiene una finalidad compensatoria de los mayores gastos producidos por el accidente laboral, sin que dicho artículo se encuentre incluido dentro del capítulo o título que regule las sanciones, sino dentro de la acción protectora del trabajador». Además de esta sentencia, MARTÍNEZ LUCAS («Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo», en *Revista General de Derecho*, 1996, p. 3368, nota 31) cita también las de 9 de febrero de 1963 (RJ 4213) y 4 de octubre de 1982 (RJ 6101).

Afirman que es minoritaria la línea que defiende la naturaleza indemnizatoria BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ («*op. cit.*», *Tribuna Social*, 1995, p. 24) quienes se adhieren a esta línea: «Puntos críticos en torno al recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad», 1995, p. 34.

Varias sentencias le confieren una naturaleza híbrida al estilo de los *punitive damages* (MOLINER TAMBORERO, G., «La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales», en *Actualidad Laboral*, 1996-2, p. 397), *vid.* SSTS de 8 de marzo de 1993 (RJ 1714), 7 de febrero de 1994 (RJ 809) o 20 de mayo de 1994 (RJ 4288).

⁹⁰ La conexión entre la posibilidad de asegurar la responsabilidad y la función de la misma ya fue puesta de relieve en su momento por PANTALEÓN, F., *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de Daños*, V. II, Tesis doctoral inédita, 1981, p. 742. También en «Comentario del artículo 1902 CC», *Comentarios del CC del Ministerio de Justicia*, V. II, 1993, p. 1971.

⁹¹ *Vid. supra.*

⁹² Díez-PICAZO, L., «La distribución social de los daños y la seguridad social», en *Liber Amicorum. Economía, empresa y trabajo: homenaje a Manuel Alonso Olea*, 2003, p. 187. Recuérdese a este propósito lo señalado en relación con el origen del recargo. *Vid. supra.*

de este carácter objetivo o si, por el contrario, exige para su imposición la culpa del empresario.

A este propósito, por un lado, se afirma que «ha de existir un previo incumplimiento de las obligaciones preventivas del empresario que siempre se habrá debido a dolo o negligencia; por tanto, si no puede imputarse a la empresa dolo o negligencia, no debe reconocerse el recargo»⁹³. Por otro lado, se defiende el carácter objetivo de la responsabilidad del empresario también para el recargo: «[...] en cuanto que para que la misma proceda no hace falta demostrar la culpabilidad empresarial, sino la simple realidad de la falta de medidas de seguridad; es cierto que el incumplimiento se habrá producido por dolo o negligencia empresarial en la aplicación de la normativa vigente, pero, puesto que no hace falta demostrar la culpa del empleador en el resultado dañoso, la responsabilidad del mismo resulta ser objetiva [...]»⁹⁴.

Esta última afirmación nos resulta muy dudosa, pues, a nuestro entender, si la culpa es omisión de deberes de conducta (impuestos por modelos sociales, o por las normas) la falta de medidas de seguridad, impuestas por ley, implica culpa. Nótese que lo que está en juego aquí es la propia noción de culpa: si entendemos que ésta consiste en la omisión de diligencia debida (conducta infractora de una regla de conducta), con independencia de la intención del sujeto en relación con la causación del daño, indudablemente en el supuesto de hecho de aplicación del recargo el agente siempre ha actuado con culpa.

B. RELACIÓN CON EL RESTO DE RESPONSABILIDADES

La individualización de la función del recargo nos plantea, inevitablemente, la siguiente cuestión: ¿cuál es su relación con el resto de responsabilidades? En otras palabras, si el recargo castiga y disuade: 1) su imposición debería implicar siempre sobre-indemnización de la víctima: ¿es esto siempre cierto?; 2) ¿entra en juego el principio non bis in ídem?

Aunque los artículos 123 TRLGSS y 42 LPRL establezcan la compatibilidad e independencia del recargo con las demás responsabilidades a las que dé lugar la omisión de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, existe un intenso debate al efecto.

⁹³ ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, 1998, p. 37, y sentencias citadas en la nota 33.

⁹⁴ MOLINER TAMBORERO, G., «*op. cit.*», en *Actualidad Laboral*, 1996-2, p. 397.

1. Recargo: ¿sobre-indemnización?

Por definición, los *punitive damages* entran en juego cuando existe responsabilidad civil (*compensatory damages*). Del mismo modo, cuando un trabajador sufre una serie de daños como consecuencia del incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo por parte del empresario, además del recargo, pueden entrar en juego otra serie de mecanismos jurídicos, como es la indemnización de daños y perjuicios.

La acumulación de los *punitive damages* con los *compensatory damages* es algo que no se pone en duda: los *punitive damages* implican, por definición, sobre-indemnización del daño. Dicha claridad se debe a que se asume el cumplimiento de funciones preventivo-sancionadoras por parte de los *punitive damages*.

En nuestro ordenamiento esta cuestión está lejos de ser clara. Buena muestra de ello es la STS (4.^a) de 2 de octubre de 2000⁹⁵ en la que el Alto Tribunal, constituido en Sala General, se dividió a la hora de resolver un recurso de casación unificadora de doctrina sobre esta materia⁹⁶.

El supuesto de hecho que dio origen al litigio era el siguiente:

Como consecuencia de un golpe de un tren transportador de carbón que maniobró sin utilizar las medidas señalizadoras pertinentes procedentes, la pierna de un trabajador quedó aprisionada entre dos tolvas. Al tener que ser amputada la pierna, fue declarada la incapacidad permanente total del trabajador.

La empresa fue condenada al pago de un recargo del 50 por 100 por infracción de medidas de seguridad y en aplicación del artículo 123 TRLGSS.

El trabajador interpuso demanda contra la empresa solicitando la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, que cifró en 37 millones de pesetas. La sentencia de instancia, tras valorar los daños sufridos, a la hora de determinar la indemnización detrajo de la valoración realizada la mejora voluntaria otorgada por la empresa, así como la cuantía que ésta tuvo que pagar en concepto de recargo. De modo que la indemnización se redujo en una cuantía de 23 millones de pesetas.

La sentencia de suplicación incrementó la indemnización en la cuantía del recargo.

La compatibilidad del recargo con la indemnización de daños y perjuicios se puede defender desde dos perspectivas: 1) afirmando

⁹⁵ RJ 2000/9673. Ponente: Excmo. Sr. Fernando Salinas Molina.

⁹⁶ Obsérvese que el voto particular lo suscribieron siete magistrados: Excmos. Sres. Aurelio Desdentado Bonete, Antonio Martín Valverde, Mariano Sanpedro Corral, Gonzalo Moliner Tamborero, Jesús Gullón Rodríguez, Arturo Fernández López y Jesús González Peña.

su carácter sancionador; 2) defendiendo su carácter indemnizatorio pero distinguiendo los daños cubiertos por una y otra vía.

La primera perspectiva es la que adoptó el TS en la sentencia citada, que declaró acumulables la indemnización de daños y perjuicios y el recargo.

La mayoría de los magistrados justificaron su decisión en la función sancionadora del precepto, que no se cumpliría en caso de detraer de la indemnización el recargo. Para la mayoría del tribunal, la finalidad del recargo consiste en impulsar coercitivamente el cumplimiento del deber empresarial de seguridad. Observan, en concreto, que podría evitarse entrar a conocer de la procedencia del recargo argumentando que ya se ha pagado la indemnización. La sentencia, de este modo, se apoya en la decisión del legislador de tratar de manera diferente dos accidentes de trabajo con idénticos daños: uno de ellos originado por una conducta empresarial infractora de medidas de seguridad, y el otro sin esa infracción. En conclusión, para la mayoría del tribunal el recargo es compatible con la indemnización de daños y perjuicios porque la finalidad del recargo no es reparar sino sancionar; por tanto, se puede acumular a la indemnización⁹⁷⁻⁹⁸.

Frente a esta posición se sitúa la línea defendida por el voto particular de la sentencia citada, que sigue las anteriores decisiones del TS en las SSTs de 2 de febrero de 1998⁹⁹ y 10 de diciembre de 1998¹⁰⁰, y que considera que se trata de un problema de coordinación de vías de resarcimiento e intenta interpretar el precepto en clave indemnizatoria. Consideran que el término «compatibilidad» utilizado por el precepto, debe ser interpretado en el sentido de acumulación de indemnizaciones con el límite del daño. Esta observación nos conduce directamente a la segunda de las perspectivas señaladas.

⁹⁷ Para GÓMEZ, LUQUE y RUIZ [«STS (4.ª) de 2 de octubre de 2000, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales», *InDret*, octubre de 2001] la conexión entre el carácter indemnizatorio y el límite infranqueable de los daños realmente sufridos no es mecánica. Consideran estos autores que el recargo podría verse como una indemnización pero de *punitive damages* y en este caso no sería aplicable el principio non bis in ídem porque este principio sólo se aplica a las sanciones administrativas y penales. También podría verse, continúan los autores, como un mecanismo de incentivo para que el trabajador afectado aporte información, de modo que se convierte en un instrumento para la aplicación de la normativa pública sobre seguridad e higiene.

⁹⁸ MONEREO PÉREZ (*op. cit.*, 1992, p. 55), aun defendiendo una función sancionadora del precepto, considera que «el juez civil debe ponderar y tener en cuenta en vía civil (de resarcimiento integral de los daños materiales derivados del siniestro) la imposición ya efectuada del recargo a fin de modular la cuantía de la indemnización civil de reparación integral de la totalidad de los perjuicios realmente producidos, a lo cual no atiende necesariamente el importe del recargo, fijado ante todo en atención a la gravedad de la falta».

⁹⁹ RJ 1998/3250.

¹⁰⁰ RJ 1998/10501.

Esta segunda perspectiva centra su atención en los daños cubiertos. MOLINER TAMBORERO¹⁰¹ considera que en un mismo evento daño derivado del incumplimiento de las normas existentes en materia de seguridad, deben distinguirse dos tipos de daños: por un lado, los personales sufridos por los trabajadores de la empresa de los que habrá de responder el empresario de acuerdo con los criterios objetivos derivados de la ley de prevención de riesgos laborales y, por otro, el resto de daños sufridos por los trabajadores o por terceras personas respecto de los cuales los criterios de atribución de responsabilidad serán los establecidos con carácter general en el código civil.

En la misma línea, afirma ALFONSO MELLADO¹⁰² que recargo e indemnización son compatibles porque «aun cuando tenga naturaleza reparadora, no puede olvidarse que no cubre todos los daños producidos, sino que es un recargo que recae exclusivamente sobre la responsabilidad objetiva que sólo cubría, mediante prestaciones de seguridad social, una situación de necesidad derivada de una contingencia producida y reconocida legalmente. No se impide, pues, que puedan existir otras reparaciones que recaigan sobre otros daños. De este modo, el recargo supone sólo una sobretasación de la responsabilidad objetiva [...] pero no indemniza ni la totalidad de los daños, ni daños diferentes de los que se reparan por las prestaciones de la Seguridad Social». De modo que para este autor a la hora de establecer la cuantía del recargo no pueden deducirse ni tomar en consideración para aminorarlo las cantidades que se hayan satisfecho al trabajador por daños y perjuicios.

En nuestra opinión, la segunda de las perspectivas señaladas debe ser matizada. En primer lugar, creemos que para que la compatibilidad del recargo y de la indemnización de daños y perjuicios no conlleve sobre-indemnización, en la práctica deberían distinguirse adecuadamente las partidas indemnizatorias¹⁰³.

Nótese, por otro lado, que al considerar que la compatibilidad no sobreindemniza, se está asumiendo la infratasación de los daños por parte de las prestaciones de la seguridad social¹⁰⁴: la imposición del recargo sería, según estos autores, sobretasación, pero no sobreindemnización.

¹⁰¹ MOLINER TAMBORERO, G., «*op. cit.*», *Actualidad Laboral*, 1996-2, p. 403.

¹⁰² ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, 1998, p. 47.

¹⁰³ La distinción adecuada de las partidas indemnizatorias ya fue reclamada en su momento por CAVANILLAS, S., «*op. cit.*», en *CCJC*, núm. 24.

¹⁰⁴ Recuérdense a este propósito las palabras de PANTALEÓN («Comentario de la STS de 6 de mayo de 1985», en *CCJC*, núm. 8): «No parece aventurado afirmar que el vigente régimen de “perfecta compatibilidad” responde a la consciencia por parte de nuestro legislador y nuestros Tribunales de Justicia de los capitales y pensiones abonados por la Seguridad Social (así como las indemnizaciones concedidas en materia de responsabilidad civil) son notoriamente insuficientes».

En definitiva, consideramos que el recargo puede llegar a constituir una suerte de *punitive damages* sobre indemnizando como tales cuando se cumplan los siguientes extremos: *a)* que el trabajador no sólo reclame la responsabilidad cubierta por la Seguridad Social sino también por otras vías, y *b)* que las prestaciones económicas de la seguridad social reparen efectivamente el daño causado.

2. Principio *non bis in idem*

La posible contradicción del régimen jurídico de los *punitive damages* con el principio *non bis in idem* se produce como consecuencia de su calificación como «sanciones», unida a su compatibilidad con otro tipo de sanciones.

Este obstáculo se intenta superar utilizando la siguiente argumentación: el principio *non bis in idem* exige que no se impongan dos sanciones con identidad de sujetos, hechos y fundamento; pues bien, los *punitive damages*, por un lado, y las sanciones públicas, por otro, no comparten el mismo fundamento.

En Estados Unidos, las alegaciones de los demandados basadas en el *double jeopardy* suelen rechazarse. En este sentido, deben distinguirse dos tipos de supuestos: en primer lugar, aquellos en los que la contradicción de la condena a *punitive damages* con este principio ni siquiera debería plantearse; se trata de aquellos casos en los que la imposición de estas indemnizaciones busca, no castigar, sino compensar daños no cubiertos por los *compensatory damages*¹⁰⁵. En segundo lugar, nos encontramos con aquellos casos en los que con los *punitive damages* se busca el castigo del demandado. Es en este tipo de supuestos en los que se apela a la distinta perspectiva sancionadora, para afirmar que el castigo derivado de la condena a *punitive damages* no es equiparable a la penal porque no se impone «on behalf of all the people», como en el caso de las sanciones penales, sino que «provides the injured party a personal monetary recovery over and above compensatory loss»¹⁰⁶.

En España, la posible contradicción del recargo con el mencionado principio, se produce, a nuestro entender, únicamente cuando éste cumple efectivamente una función sancionadora, esto es, cuando sobreindemniza. Parte de la doctrina¹⁰⁷ y de la jurisprudencia

¹⁰⁵ *Vid. supra.*

¹⁰⁶ WITTMAN v. WILSON 70 NY 2d 970 (1988).

¹⁰⁷ ALFONSO MELLADO (*op. cit.*, 1998, p. 46) observa que la compatibilidad del recargo con las sanciones administrativas y penales no es inconstitucional pues aunque se trate de una sanción, al ser su naturaleza jurídica mixta, es reparadora no retributiva y por tanto se diferencia claramente de las sanciones de carácter público.

En un sentido similar GÓMEZ, LUQUE y RUIZ: «*op. cit.*», *InDret*, octubre de 2001.

cia¹⁰⁸, intenta salvar esta posible contradicción afirmando que el «recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde la misma perspectiva de defensa social, pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores».

IV. CONCLUSIONES

A partir del estudio realizado, creemos que no es adecuado situar en el mismo plano una figura general, como son los *punitive damages*, y una concreta y específica, como es el recargo, y extraer de dicha asimilación conclusiones que se proyectan en el sistema de responsabilidad civil.

Indudablemente el recargo puede llegar a ser claramente punitivo, ahora bien:

1) Sólo cuando efectivamente llegue a sobreindemnizar lo cual, como hemos podido comprobar, no siempre sucede.

2) Aun en los supuestos en los que el recargo sobreindemniza existen dos características fundamentales que le dotan de una especificidad propia frente a los *punitive damages* en general: *a*) la determinación de la cuantía, fijada en un porcentaje concreto en el caso del recargo, sometida a una gran discrecionalidad e incluso arbitrariedad en el caso de los *punitive damages*; y *b*) el procedimiento de imposición, administrativo en el caso del recargo, civil con intervención del jurado, en el caso de los *punitive damages*.

3) No deja de tratarse de una figura propia de un ámbito muy específico, el laboral, cuya regulación responde a unas necesidades concretas y a una determinada relación jurídica, la que une al trabajador con el empresario.

El recargo es, pues, un tipo específico de *punitive damages* en dos sentidos: por el ámbito en el que se reconoce, únicamente el laboral, y por las características que lo diferencian de los *punitive damages* norteamericanos. El legislador le ha dado carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento para un caso muy concreto, el de la prevención de riesgos laborales. Y lo ha hecho dotándole de unas especificidades propias que le dotan de una seguridad jurídica mayor que la que se puede predicar de los *punitive damages* en general: por la propia tipificación, por el propio procedimiento de

¹⁰⁸ STS (4.ª) de 2 de octubre de 2000 (RJ 9673). Seguida por las SSTS (4.ª) de 14 de febrero de 2001 (RJ 2521) y 21 de febrero de 2002 (4539).

imposición y por la determinación de su cuantía. De ahí que creamos difícilmente extrapolables los rasgos punitivos del recargo a la responsabilidad civil en general.

Añádase a lo anterior que el recargo constituye una figura de difícil encaje en nuestro ordenamiento porque conviven malamente un sistema de responsabilidad con indemnización punitiva y un régimen de responsabilidad contractual¹⁰⁹. Por ello, quizás la solución más sensata sería eliminar el recargo¹¹⁰ y dotar al trabajador de una acción de responsabilidad civil contra el tercero a quien le es imputable, pero sólo por la cuantía del daño no cubierta por la Seguridad Social, que se subrogaría en dicha acción por la suma abonada por aquella¹¹¹; en caso de ser el causante del daño el empresario habría que estudiar la posibilidad de que la Seguridad Social también pudiera repetir frente a él.

En síntesis, a nuestro entender la defensa de un reconocimiento implícito de los *punitive damages* basada en una figura como el recargo adolece de defectos por dos razones: primero, porque carece de precisión y parece excesivo extrapolar el carácter punitivo del recargo al sistema de responsabilidad civil y, segundo, porque es una figura de difícil encaje en nuestro ordenamiento.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de la Seguridad Social*, ed. Tecnos, 1991.
- ALFONSO MELLADO, C. L., *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, ed. Tirant lo Blanch, 1998.
- APARICIO TOVAR: «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo», *REDT*, núm. 49, 1991, pp. 705 a 748.
- BARBANCHO TOVILLAS y GARCÍA VIÑA, «Últimos criterios jurisprudenciales sobre el recargo de las prestaciones por accidentes de trabajo», *Tribuna Social*, 1995, núm. 60, pp. 41 a 53.

¹⁰⁹ Conviene recordar a este propósito las palabras de DESDENTADO y DE LA PUEBLA: «[...] se ponga donde se ponga, junto a las indemnizaciones, para cumplir con ellas una función reparadora, o junto a las sanciones, para atender a la misma finalidad preventiva y punitiva, el recargo perturba y descompensa el sistema de responsabilidades previstas legalmente y se manifiesta como una institución difícilmente coordinable con los restantes mecanismos sancionadores y reparadores previstos por la ley», «Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones», *Cien años de seguridad social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, 2000.

¹¹⁰ Recientemente, ha defendido también su eliminación DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Los riesgos laborales*, 2007, p. 96.

¹¹¹ Vid. PANTALEÓN: «Comentario STS 6 de mayo de 1985», en *CCJC*, 1985 en alusión al ordenamiento alemán.

- BEHR, V., «Punitive damages in american and german law. Tendencias towards approximation of apparently irreconcilable concepts», 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 105.
- BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ, «Puntos críticos en torno al recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Reflexiones en torno a la incidencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Tribuna Social*, 1995, núm. 60, pp. 34 a 40.
- BLATT, R. L., HAMMESFAHR, W., NUGENT, L. S., *Punitive damages. A State-by-State Guide to Law and Practice*, 1991.
- CABRASER, E. J., «Unfinished business: reaching the due process limits of punitive damages in tobacco litigation through unitary classwide adjudication», 36 *Wake Forest L. Rev.* 979, 1028 (2001).
- CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO, *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable*, ed. Bomarzo, 2005.
- CAVANILLAS, S., «Comentario a la STS de 30 de octubre de 1990», *CCJC*, núm. 24.
- CORONGIU, S., *Punitive damages awards in the US Judicial experience and their recognition in Italy*, Urbino, 2004, (Tesis inédita).
- DESdentado BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones», *Cien años de seguridad social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1990*, ed. Fraternidad Muprespa, Madrid 2000.
- DÍEZ-PICAZO, L., «La distribución social de los daños y la seguridad social», *Liber Amicorum. Economía, empresa y trabajo: homenaje a Manuel Alonso Olea*, ed. Thomson-Civitas, 2003.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *Los riesgos laborales. Doctrina y jurisprudencia civil*, ed. Thomson-Civitas, 2007.
- DOBBS, D., *The Law of Torts*, 2000.
- *Law of Remedies*, 1993.
- DORSEY, D. E., «Fairness and efficiency in the Law of punitive damages», 56 *S. Calif. L. Rev.* 1, 12, n. 44 (1982).
- DURÉNDEZ SÁEZ, «El recargo de prestaciones», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 108/2001, pp. 853 a 876.
- EISENBERG, T., «Damage awards in perspective: behind the headline-grabbing awards in Exxon Valdez and Engle», 36 *Wake Forest L. Rev.* 1129 (2001).
- EISENBERG, T.; GOERDT, J.; OSTROM, B.; ROTTMAN, D.; WELLS, M. T., «The predictability of punitive damages», 26 *Journal of Legal Studies* 623 (1997).
- GARCÍA RUBIO, M. P.; LETE ACHIRICA, J. y GÓMEZ, F. y REGUEIRO, C., «The impact of social security law on tort law in Spain», *Torts and Insurance Law*, v. 3, U. Magnus, 2004.
- GÓMEZ, F.; LUQUE, M. y RUIZ, J. A., «STS (4.ª) de 2 de octubre de 2000, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales», *Indret*, octubre de 2001.
- KEITH, N. H., «Punitive damages and the economic theory of penalties», 87 *Geo. L.J.* (1998).
- LAW COMMISSION (UK), «The Law Commission. Item 2 of the Sixth Programme of Law Reforms: damages aggravated, exemplary and restitutionary damages».
- MARTÍNEZ LUCAS, J. A., «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo», *Revista General de Derecho*, 1996, pp. 3355 a 3384.
- «La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal», *Criterios jurisprudenciales*, 1996.

- MESULAM, S., «Collective rewards and limited punishment: solving the punitive damages dilemma class», 104 *Colum. L. Rev.* (2004) 1114.
- MILLÁN VILLANUEVA, «Vicisitudes jurídicas del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional», VV.AA. *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla 1991.
- MOLINA NAVARRETE, «Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas de prevención de riesgos: la nueva “modernidad” de una institución jurídica clásica», *REDT*, núm 79, 1996, pp. 787 a 828.
- MOLINER TAMBORERO, G., «La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, 1996-2, pp. 393 a 412.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, ed. Civitas, 1992.
- MONTOYA MELGAR, «Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidente de trabajo», AA.VV., *Homenaje al Profesor Jiménez Fernández*, V. II, 1967.
- MURPHY, R., «Superbifurcation: making room for State prosecution in the Punitive damages process», 76 *N.C.L. Rev.* 463, 537 (1998).
- OWEN, D., «A punitive damages overview: functions, problems and reform», 39 *Vill. L. Rev.* 363, 368 (1994).
- «The moral foundations of punitive damages», 40 *Ala. L. Rev.* 705 (1988-89).
- PANTALEÓN, F., «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las administraciones públicas)», *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor López Cabana*, 2001.
- «Comentario STS 6 de mayo de 1985», en *CCJC*, 1985.
- «Comentario del artículo 1902 CC», *Comentarios del CC del Ministerio de Justicia*, V. II, 1993.
- *Del concepto de Daño. Hacia una teoría general del Derecho de Daños*, V. II, Tesis doctoral inédita, 1981.
- POLLOCK, F. y MAITLAND, F., *The History of the English Law*, 1822.
- PROSSER AND KEETON, *On The Law of Torts*, 1984.
- PURCALLA BONILLA, M. A., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, ed. Comares, 2000.
- REDISH, M. y MATHEWS, A., «Why punitive damages are unconstitutional?», 53 *Emory L.J.* 1.
- REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de responsabilidad civil*, ed. Aranzadi, 2002.
- REQUEJO ISIDRO, M., «Reconocimiento en España de sentencias extranjeras condenando al pago de punitive damages», *Iniuria*, núm. 6, 1995.
- ROCA, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Tirant lo Blanch, 2003.
- «Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño», *ADC*, 2004, III, pp. 901 a 928.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Punitive damages y orden público ¿comunitario?», *Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, T. II.
- RUSTAD, M. L., «Unraveling punitive damages: current data and further inquiry», 15 *Wisconsin Law Review*, 1998.
- SALVADOR CODERCH, P., y CASTIÑEIRA PALOU, M.^a T., *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, 1997.
- «Tres dualidades básicas: indemnizaciones y sanciones; common law y civil law; punitive damages y multiple damages», *AFDUAM*, 2000.

- «Punitive damages and continental Law», *ZEuP*, 3/2001, pp. 604 a 616.
- «Punitive damages», *InDret* 10/99.
- SHARKEY, C. M., «Punitive damages as societal damages», 103 *Yale L.J.* 2004.
- SHAVELL, S. y POLINSKY, M., «Punitive damages: an economic analysis», 11 *Harv. L. Rev.* 869.
- SUNSTEIN, C. R., KAHNEMANN, D., y SCHKADE, D., «Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in Law)», 107 *Yale L. J.* (1998) 2071.
- VISCUSI, K., «The challenge of punitive damages mathematics», *Discussion paper* n. 307 12/2000, p. 38. Harvard Law School. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin-center>.
- WHEELER, M., «A proposal for further common law development of the use of punitive damages in modern product liability litigation», 40 *Ala. L. Rev.* 919 (1989).